

\_\_\_\_\_ Salta, 8 de noviembre de 2016.- \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Y VISTOS: Estos autos caratulados "P., M. R.; V. M., S. vs. V. M., S.; P., M. R. POR TENENCIA DE HIJOS" - Expediente N° 331098/10 del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil de Personas y Familia 5º Nominación (**EXP - 331098/10 de Sala II**) y, \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **C O N S I D E R A N D O:** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **La doctora Verónica Gómez Naar dijo:** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ I.- Que en contra de la sentencia dictada a fojas 506/508 se alzan ambas partes mediante recursos de apelación interpuestos a fs. 511 y 522. El fallo resolvió: (i) hacer lugar a la demanda interpuesta por la señora S. V. M. por allanamiento del señor M. R. P. y otorgar la tenencia de su hijo en común a la progenitora demandante; (ii) hacer lugar al desistimiento formulado por el señor M. R. P.; (iii) imponer las costas del proceso por el orden causado de conformidad al artículo 70 inciso 1º del CPCC. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Interpuesto el recurso de la progenitora a fs. 511 en contra de la imposición causídica, fue concedido a fs. 513 y se expresó agravios en legal término a fs. 514/515. Manifiesta en primer lugar objeción por la forma de concesión del recurso, cuestión que ha sido subsanada por la Alzada según constancias de fs. 539. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En cuanto a los agravios, refiere que no corresponde aplicar el artículo 70, inciso 1º del Código de rito. Refiere que el señor M. R, P. ha obligado a su mandante a litigar durante cinco años, por lo que no se trata de un oportuno allanamiento. Afirma que en el juicio se han acumulado dos procesos, uno el de petición que realiza su mandante de la tenencia del menor de edad y el otro, la petición que realiza la contraria en el mismo sentido; en el cual se ha dictado una sentencia única. Expresa que respecto de la pretensión formulada por la contraria, ésta la ha desistido, mientras que con relación a la promovida por su mandante, se ha allanado con posterioridad a la producción de toda la prueba. De tal manera, invoca la aplicación del artículo 73 de Código Procesal en el caso del desistimiento, del cual surge que, luego de haber sido citado al proceso, está claro que el que desiste debe cargar con las costas. En cuanto al

allanamiento, afirma que no se verifica ninguno de los requisitos exigidos por el artículo 70 para la exención de costas al allanado, pues considera que no existió reconocimiento oportuno del derecho invocado al haberse allanado el demandado luego de haberse producido toda la prueba y haber visto que la acción iba a prosperar, y no la suya. Requiere que se modifique la sentencia y se impongan las costas del proceso al señor P.. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_A fojas 523/525, contesta la parte demandada los agravios. Destaca que las apreciaciones subjetivas no constituyen fundamentos válidos por lo que debe declararse desierto el recurso; cuyo rechazo requiere sobre la base de los argumentos que esgrime, con costas. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_Por su parte, el señor P. funda su recurso mediante el escrito de expresión de agravios presentado a fojas 543/544, en donde peticona que se otorgue el cuidado personal compartido indistinto del hijo a ambos progenitores, con costas por su orden. Expresa que al momento de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial la sentencia no se encontraba firme, por lo que amerita su revisión por el tribunal de alzada a la luz del nuevo ordenamiento jurídico. Alega que la petición es relevante porque en el anterior régimen legal no se contemplaba como modalidad la posibilidad del cuidado personal compartido, que hoy ha sido expresamente plasmado en el nuevo Código como modalidad preferente. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_Refiere que con basamento en el cambio de la normativa que habilita al Juez a decretar, incluso de oficio, el cuidado personal del niño en forma compartida con la modalidad contemplada en el artículo 651 del CCCN, es que interpuso el recurso de apelación. Agrega que resultan abstractas las posiciones vertidas y deviene aplicable, incluso, la imposición de costas por el orden causado ante el cambio de normativa vigente. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_Manifiesta que el menor J. C. vive en la Ciudad de Salta y concurre a un colegio en esta ciudad, habiéndose trasladado su centro de vida, lo que favorece aún más la modalidad de derecho de convivencia que peticona, la cual protege de manera más completa los derechos del niño, sin descuidar los de los padres. Refiere que, de ese modo, ambos progenitores intervendrán en

la vida y desarrollo educativo y social del hijo de manera participativa, activa y comprometida con su dinámica familiar. Destaca que dicho sistema es el que mejor responde a los principios de igualdad entre los padres y el derecho de los hijos a mantener contacto con ambos progenitores; y contribuye a mantener el vínculo afectivo con ambos padres como así también favorece el proceso de identificación con ellos, por lo que se le reconoce a la norma un alto valor pedagógico. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fojas 547/548 contesta los agravios el letrado apoderado de la señora V. M., solicitando el rechazo de la apelación por las razones que desarrolla en dicha presentación, a la cual cabe remitirse por razones de brevedad. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fojas 537/538 y 551/552 emite dictamen el señor Fiscal de Cámara en lo Civil, Comercial y Laboral, respecto de cada uno de los recursos; mientras que a fojas 554 contesta vista la señora Asesora de Incapaces N° 6. \_

\_\_\_\_\_ A fojas 560, el tribunal dispuso fijar audiencia en los términos del artículo 36 del código de forma y artículos 12 de la Convención de los derechos del Niño y 24 de la Ley 26.061. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fojas 568 obra el acta labrada de la audiencia a la cual comparecieron el niño J. C. junto a sus progenitores, los letrados de cada parte, la señora Asesora de Incapaces y el señor Fiscal de Cámara. Luego de la entrevista mantenida por las magistradas con el niño, concedida la palabra a los progenitores, éstos solicitan de mutuo acuerdo que se discierna el cuidado personal compartido a ambos padres, por ser el régimen que ellos vienen llevando a cabo, dejando constancia de que el centro de vida del niño es la casa de la madre. Corrida las vistas correspondientes, la Asesora de Incapaces, doctora Silvia Marcela Iburguren, manifiesta que el acuerdo arribado por los padres de J. C. responde del mejor modo a su interés superior y resulta concordante con el nuevo régimen que prevé el nuevo código civil y comercial, por lo que presta conformidad. Por su parte, el señor Fiscal de Cámara expresa no tener objeción alguna pues la modalidad acordada es la que el nuevo código elige como la mejor opción y más beneficiosa para el interés superior del niño. Oído lo dictaminado, se dispuso poner los autos a

despacho para emitir sentencia. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ II.- Que corresponde tratar en primer término el recurso articulado por el padre del niño cuyo cuidado personal trata el presente juicio, toda vez que los agravios se refieren a la cuestión de fondo resuelta en el fallo, mientras que el otro recurso se circunscribe a la imposición causídica que constituye cuestión accesorio. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ *El recurso interpuesto por el Sr. P.:* \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ III.- Que es sabido que los jueces deben dictar sus sentencias atendiendo a las circunstancias actuales, con consideración de los hechos modificatorios sobrevinientes, producidos durante el juicio y debidamente controvertidos (cf. art. 163 inc. 6° 2° párr. C.P.C.C.). Así, es doctrina recibida de la Corte Suprema de la Nación que “las sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición de los recursos (SCJN, *Fallos*: 335:905; 38:2438) \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En el caso, convocados a audiencia los litigantes - en la inteligencia de que son ellos los actores eminentes de la problemática familiar suscitada - han arribado éstos a un acuerdo sobre el cuidado personal de su hijo, materia del presente juicio. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Los términos de lo convenido resultan claramente beneficiosos para el interés superior del niño y se ajustan a la modalidad que privilegia actualmente el nuevo ordenamiento sustantivo, esto es, el régimen de cuidado personal compartido indistinto. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Es dable tener presente que según surge de la causa, la madre actualmente reside en el ciudad de Salta lo cual ha facilitado la posibilidad de instaurar con éxito y razonabilidad tal modalidad, así como es menester destacar el cambio manifestado en las posiciones de ambos padres quienes lograron llegar a un entendimiento, dejando de lado profundas desavenencias y conflictos personales, en pos de favorecer del mayor modo la crianza y desarrollo de su hijo dentro del ambiente de tranquilidad que a su edad es necesario, con fortalecimiento de los vínculos con sus progenitores, dando

lugar de tal manera a la participación responsable de ambos padres en la formación de su hijo. La madurez y el esfuerzo que cabe inferir del entendimiento arribado por los señores V. M. y P. en el contexto de una profunda conflictividad - evidenciada en este juicio y en expedientes conexos - redundarán sin duda en beneficio de su hijo. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En efecto, nuestro nuevo ordenamiento legal, sin bien regula en varias disposiciones un abanico de posibilidades en materia de cuidado personal de los hijos, coloca en preferente lugar al cuidado compartido indistinto, constituido en primera alternativa a la cual debe acudir el juez ante la falta de acuerdo de los padres (cf. arts. 651 y 656 CCCN). El legislador ha receptado así el criterio preponderante en el derecho comparado, en aras de garantizar el principio de coparentalidad impuesto por el artículo 18 de la Convención de los Derechos del Niño y la eliminación de todo privilegio de género para la asignación del cuidado de los hijos. Así, el nuevo código sustantivo establece con precisión a qué se refiere por cuidado personal de los hijos (art. 648) como así también sus clases (art. 649) y modalidades (art. 650), constituyendo una importante modificación en la regulación de la responsabilidad parental. \_

\_\_\_\_\_ Cabe mencionar que el cuidado personal de los hijos es una derivación del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 640), acotada a la vida cotidiana del niño, y estriba en el derecho deber de los progenitores de tener al hijo consigo. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ El cuidado personal compartido consiste en que el hijo reside en forma principal junto a uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y tareas relacionadas a su cuidado. Se ha resaltado que este régimen “no significa estar la mitad del tiempo con cada uno de los padres, implica mucho más, pues, por un lado, aspira a realizar una equitativa distribución de responsabilidades, las que se atribuirán según las distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales de los progenitores, y, por el otro, a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al no colocarlos en una situación de permanentes tironeos o inestabilidades que por lo general ocasiona la ruptura de la vida familiar. Para ello es necesario de parte de

aquéllos una comunicación fluida y una posibilidad concreta de consensuar todos los aspectos que hacen al cuidado de los hijos” (Rivera, Julio César; Graciela Medina, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, tº II, p. 516, La Ley, Bs. As., 2015). “La nota característica del cuidado personal compartido indistinto radica en la permanencia más prolongada del hijo en uno de los dos hogares, es decir, de intensidad temporal en la convivencia, confiriendo un cuidado personal continuo al progenitor conviviente pero, conforme la última parte del artículo, ello no altera que las funciones de cuidado sigan siendo compartidas, sin perjuicio de dónde o con quién resida el hijo” (cf. Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso y Marisa Herrera, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, v. 2, p. 640, ISBN 978-987-3720-31-4). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Es decir que el nuevo código procura como principio respetar la voluntad de los progenitores en la decisión sobre cómo organizar sus vidas, pero a falta de acuerdo o en interés del hijo, establece un principio orientador para el juez, en concordancia con la tendencia prevaleciente en el derecho de familia comparado. Empero, es menester señalar que esta opción no siempre es posible pues precisa determinadas condiciones como el acuerdo sobre la residencia principal, el acceso razonablemente próximo al domicilio del otro progenitor, así como una comunicación fluida y responsable entre los padres que permita el ejercicio compartido sin perjudicar al niño lo que ocurriría si se generara un clima de continuas desavenencias y desacuerdos sobre las decisiones cotidianas. Es que no sería práctico, ni aconsejable para ninguno de los integrantes del grupo familiar, que la incapacidad de alcanzar acuerdos tornare inoperante el ejercicio de la responsabilidad que les compete y debieran acudir al juez para cada decisión a tomar; y por tal motivo, la ley dispone que: “Si los desacuerdos son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones.” (art 642 CCCN); previendo asimismo que la primera alternativa de cuidado personal compartido indistinto será la

solución adoptada “siempre que sea ésta posible y no resulte perjudicial para el hijo” (art. 651 CCCN). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Ahora bien, en todos los casos, la obligación de mantener el contacto entre progenitor no conviviente e hijo se impone para el otro progenitor. Esta bilateralidad surge en forma explícita del juego de los artículos 652 y 653 inciso “a” del Código Civil y Comercial y no se limita solo al contacto, es decir a compartir periodos de tiempo en forma autónoma y libre entre ellos, sino que el artículo impone una mayor intensidad en esta comunicación. Ambos progenitores deben mantener informado al otro respecto a las cuestiones relacionadas con la vida de sus hijos. Sin dudas, un ejercicio funcional de la responsabilidad parental incluye esta obligación recíproca de compartir la información relacionada a los hijos, pues difícilmente sea posible tomar decisiones respecto de ellos si se carece de información. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Deviene importante la mención de este deber mutuo que requiere de los progenitores una necesaria unión parental aun con posterioridad a la pareja afectiva entre ellos; posibilitándose la diferenciación entre conyugalidad y parentalidad. Esta finalidad es reforzada por la última parte del artículo 653 del nuevo código al disponer que, aun en los supuestos de cuidado personal unipersonal, el otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaborar con el progenitor conviviente en el cuidado del hijo. Es evidente que este deber de información mutuo es aplicable a todos los supuestos, incluso el compartido en sus dos modalidades, pues es una derivación concreta del ejercicio de la responsabilidad parental. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Por consiguiente, a la luz de las directivas reseñadas, atento que el régimen solicitado es el más conveniente para el interés superior del niño en las circunstancias actuales y se viene cumpliendo en la práctica merced al buen entendimiento logrado por los padres, corresponde discernir el cuidado personal de J. C. a ambos padres bajo la modalidad compartida e indistinta, conforme a los solicitado en la audiencia celebrada por ante este Tribunal. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ El recurso interpuesto por la Sra. V. M.: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ IV.- Que se trata de establecer si resulta ajustada a derecho la decisión

de eximir al progenitor que se ha allanado a fojas 485 a la demanda y desistido a su vez de su propia pretensión acumulada en autos, del pago de las costas del proceso, esto es, “exonerarlo del reembolso de los gastos causados u ocasionados por la exigencia inmediata de la sustanciación del juicio” (cf. Reimundín, Ricardo, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, pág. 278, Víctor P. de Zavalía ed., Bs. As., 1970). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Al respecto, es dable recordar que nuestro Código Procesal Civil y Comercial consagra como principio general la condena en costas al vencido, pero no con carácter absoluto, ya que el artículo 67 en su segundo párrafo autoriza al tribunal a apartarse de dicha regla cuando encuentra mérito para ello. Así, se ha estimado – al interpretar la idéntica mención contenida Código Procesal de la Nación – que impone una sensible atenuación al principio objetivo de la derrota, y acuerda a los jueces un marco de arbitrio que debe ejercerse sobre la base de circunstancias cuya virtualidad, en cada caso, torne manifiestamente injusta la aplicación del mencionado principio (CNCiv., sala D, 27/11/91, ED, 147-473). En atención a la generalidad de la expresión que contiene la norma, cuadra entender que deja el punto librado al prudente arbitrio judicial que debe ser ponderado en cada caso particular (cf. Loutayf Ranea, Roberto G., “Condena en costas en el proceso civil”, págs. 74 y 77, ed. Astrea, Bs. As., 1998). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Sobre la cuestión, este tribunal tiene reiteradamente dicho que el juzgador se encuentra facultado a eximir de la responsabilidad sobre costas al vencido sólo cuando encuentra mérito para ello, caso en el cual debe emitir fundado pronunciamiento, siendo la omisión objeto de nulidad (esta Sala, 7/11/80, protocolo 1981, pág. 124/125; entre muchos otros). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Ahora bien, en procesos de familia en que se debate aspectos no patrimoniales rige un criterio específico sobre la aplicación causídica, toda vez que la peculiaridad de tal tipo de proceso impone flexibilizar la mentada regla general, tal como se ha puesto de resalto por parte de la doctrina especializada: “En materia de costas, asimismo, debe regularse en forma diferenciada al proceso civil clásico. En el proceso de familia la doctrina y jurisprudencia han



propugnado una tendencia a prescindir del principio de la derrota. Se considera que la intervención del juez es una carga común por ser necesaria para componer las diferencias entre las partes o, en otros casos, para resguardar los intereses del denunciado o demandado (ej. interdicción, inhabilitación). Por ello el principio en estudio implica que la regla debería ser costas por su orden y la excepción costas a cargo del perdedor cuando es su conducta la que ha hecho necesaria la intervención judicial de otra manera obvia. Este último sería el caso de los alimentos en que las costas estarían a cargo del alimentante si fue demandado, salvo conciliación o allanamiento, en que serían en el orden causado” (Medina, Graciela, “El proceso de familia en el código unificado”, en Rev. de Der. Procesal – tº 2015-2, p. 98, Rubinzal – Culzoni, Sta. Fe). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En este sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado: “Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio “pro actione”, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción” (informe 105/99 emitido en el caso 10.194, “Palacios, Narciso - Argentina”, publicado en LA LEY, 2000-F; cit. art. cit. P. 98). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ El Tribunal se ha expedido reiteradamente en el sentido expuesto (Sala II, Libro Interloc., Año 2013, 1º Parte, fº 1/2; Libro Interloc. Año 2013, 2ª Parte, fº 375/376; Libro Sent., Año 2016, 1ª Parte, fº 74/78; Sala IV, tº XXXV-I, fº 182/185; Sala V, tº XXXIV-D, fº 85/88), y esta Sala ha ponderado que: “En materia de cuidado personal de los hijos no resulta conveniente la aplicación rígida del principio de la derrota, porque es lógico y hasta plausible que ambos progenitores procuren ejercer esa función; y en definitiva, al decidirse la cuestión se atiende a lo que mejor convenga a los menores, de allí que se ha sostenido que ese criterio solo deba ceder cuando el progenitor que resulta perdedor le sea reprochable su conducta en relación con los deberes que tiene respecto de sus hijos” (Libro Sentencias Año 2016 1ª Parte, fº 74/78;

*id.* Sala III, tº 2007, fº 689/691).\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Por consiguiente, debe confirmarse la decisión de imponer las costas procesales por su orden, la cual resguarda en mayor medida el mentado principio de favorecer el acceso a la justicia de los progenitores que deben acudir al juez para la determinación del régimen de cuidado personal de su hijo, y toda vez que no se observa una actitud maliciosa, temeraria, obstinada o infundada por ninguno de los padres al deducir sus pretensiones ni luego, a lo largo del proceso. Ello surge manifestado incluso de la actitud de haberse declinado el pedido de cuidado personal por parte del progenitor cuando mejoraron las circunstancias de contacto y comunicación, y luego reflejado con el camino que culminó con el acuerdo alcanzado satisfactoriamente entre las mismas partes. Ello demuestra una intención de proteger las vinculaciones familiares en beneficio del interés del niño. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En virtud de las consideraciones expuestas, concluyo que debe rechazarse el recurso y confirmarse la imposición de costas determinada en primera instancia; del mismo modo que estimo adecuado a derecho establecer por el orden causado las resultantes del recurso que es desestimado, sobre la base de similares razones. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ IV.- Por los fundamentos vertidos, voto por: (i) hacer lugar a lo solicitado por ambos padres en la audiencia celebrada el 1º de noviembre de 2016, y en consecuencia, revocar los puntos I y II de la parte resolutive del fallo apelado, otorgando el cuidado personal del niño Juan Cruz a ambos progenitores en forma compartida e indistinta, con centro de vida en el domicilio de la madre; (ii) rechazar el recurso de apelación articulado por la actora; (iii) establecer las costas de segunda instancia por el orden causado. \_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **La doctora Hebe Alicia Samsón dijo:** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Por compartir sus fundamentos, me adhiero al voto que antecede. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Por ello y disposiciones de los artículos 650, 651 y cctes. CCCN., \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **LA SALA SEGUNDA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL,** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **D) HACE LUGAR** a lo solicitado por ambos padres en la audiencia

celebrada el 1º de noviembre de 2016, y en consecuencia, **REVOCA** los puntos I y II de la parte resolutive del fallo de fojas 506/508, **OTORGANDO** el cuidado personal compartido del niño J. C. P. V., DNI N° XXXXXXXX a sus progenitores S. V. M. DNI N° XXXXXXXXX y M. R. P., DNI N° XXXXXXXX, con las responsabilidades y obligaciones de ley, bajo la modalidad indistinta y con centro de vida en el domicilio de la madre. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **II) RECHAZA** el recurso de apelación interpuesto a fojas 511. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **III) IMPONE** las costas de segunda instancia por el orden causado. \_

\_\_\_\_\_ **IV) MANDA** que se registre, notifique y baje.- \_\_\_\_\_